



**Miejski Ośrodek
Pomocy Społecznej
ul. Gwarków 24
41-400 Mysłowice**

Dotyczy: odpowiedzi za zgłoszone pisemne zastrzeżenia w ramach wniosku o płatność nr WNP-RPSL.09.01.06-24-06DF/17-014

URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO

DEPARTAMENT EUROPEJSKIEGO
FUNDUSZU SPOŁECZNEGO

ul. Ligonia 46,
40-037 Katowice

TELEFON +48 32 77 40 125
FAKS +48 32 77 40 402

efs@slaskie.pl
slaskie.pl
powstania.slaskie.pl

Institucja Zarządzająca RPO WSL (dalej: IZ RPO WSL) pismem z 27 września 2021 r., o sygnaturze FS-PS.433.512.2021, FS-PS.KW-01709/21 przekazała Beneficjentowi wynik kontroli postępowania dot. *Szkolenia w dziedzinie rozwoju osobistego dla uczestników projektu „Ja = Sukces II” – Kreowanie własnego wizerunku.*

W efekcie zidentyfikowanej nieprawidłowości stwierdzono konieczność pomniejszenia wydatków w wysokości 25% wartości udzielonego zamówienia.

Przedmiotem pierwotnych ustaleń, wynikających z weryfikacji dokumentacji przedstawionej przez Beneficjenta, było wykazanie istotnych zastrzeżeń w zakresie:

1. naruszenia art. 63 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie jako ważnych ofert niepodpisanych w wymaganej formie,
2. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia ofert,
3. naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający [Realizator projektu – Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Mysłowicach] w piśmie z 22 października 2021 r. o sygnaturze DA.241-3/21/MB/21 złożył zastrzeżenia do wyników weryfikacji ww. postępowania.

IZ RPO WSL zapoznała się z argumentacją Beneficjenta i dokonała oceny wszystkich dostępnych dowodów.

W treści wyjaśnień przesłanych do IZ RPO WSL Zamawiający wskazuje m.in., że „[...] uznano za prawidłowe oferty podpisane w wersji papierowej, zeskanowane i złożone za pośrednictwem formularza do składania ofert, a następnie opatrzone podpisem elektronicznym, bowiem w świetle przepisów nowej ustawy, tj. ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. - Dz. U. z 2021, poz. 1129, z późn.zm.),

wydawało się to uzasadnione. Ustalono, że obowiązkowa elektroniczna postępowania nie wyklucza przyjęcia ofert złożonych w formie skanu (papierowej oferty podpisanej własnoręcznie przez osobę upoważnioną do reprezentacji kontrahenta), o ile oferta ta zostanie przesłana za pomocą formularza, który podpisany zostanie z wykorzystaniem podpisu elektronicznego (np.: przez profil zaufany)". Powodem takiego postępowania Zamawiającego był fakt, że „(...) stanowisko zawarte w piątym wezwaniu stanowi odzwierciedlenie opinii wyrażonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, które pojawiło się już po przeprowadzeniu kontrolowanego postępowania. Na czas przygotowania ogłoszenia i przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia, Zamawiający nie miał podstaw stosowania tak radykalnej wykładni przepisów prawa, bowiem nie była ona wówczas powszechna, istniały przeciwne rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, a zastosowanie najbardziej radykalnej z interpretacji mogło wpływać na ograniczenie konkurencji i utrudnienie potencjalnym oferentom składania zamówień, co zawsze rodzi ryzyko stosownych zarzutów z tym związanych”.

Ponadto, Beneficjent podnosi, że wobec przedstawionych argumentów i przywołanych wyroków sądów administracyjnych, mających potwierdzić zasadność stanowiska Beneficjenta „(...) nie doszło do tego rodzaju naruszenia (o ile w ogóle doszło), które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem (...)", a orzeczoną nieprawidłowość należy uznać za nieprawidłowość nieistotną o charakterze formalnym.

IZ RPO WSL nie może przyjąć argumentów Beneficjenta. W omawianym przypadku zostały naruszone przepisy w zakresie prawidłowości złożonych ofert, a co za tym idzie – ich oceny i dalszych czynności (zaniechania czynności) Zamawiającego. Zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Dyspozycje wynikające z przywołanego przepisu – od momentu wejścia w życie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych – nie uległy zmianie, a została doprecyzowana ich interpretacja przez Prezesa UZP. Tym samym, IZ RPO WSL nie może przyjąć, że termin przeprowadzenia postępowania przez Zamawiającego, tj. przed upublicznieniem ww. stanowiska Prezesa, stanowi przesłankę dla uzasadnienia działań niezgodnych z przepisami.

Oferta złożona za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, aby była ważna, musi zostać opatrzona właściwym podpisem. Jak podkreśla, w przywołanym przez wnoszącego zastrzeżenia, komunikacie UZP, dokonanie czynności bez zachowania formy zastrzeżonej przez ustawę pod rygorem nieważności stanowi wadę tej czynności prawnej, która polega na niewywołaniu przez czynność zamierzonych skutków prawnych związanych z jej dokonaniem. Tym samym, niepodpisanie oferty w wymaganej formie lub nieprawidłowe złożenie podpisu pod ofertą spowoduje w konsekwencji, że odpowiednio oferta lub wniosek podlegać będą odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp. W omawianym przypadku mówimy o elektronicznej formie czynności prawnej, która wymaga złożenia oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 78/1 § 1 ustawy Kodeks cywilny). Składając podpis na dokumencie, obejmującym oświadczenie woli, podpisujący wyraża wolę wywołania określonych skutków prawnych i daje jednocześnie wyraz temu, że dokument zawiera ostateczną, a nie projektowaną treść danego oświadczenia oraz, że oświadczenie to jest zupełne oraz, że pochodzi od osoby na nim podpisanej. Zgodnie z orzecznictwem podpis należy złożyć w taki sposób, aby jednoznacznie wynikało, że wolą osoby podpisującej było objęcie całości złożonego w nim oświadczenia – wyrażenia woli złożenia kompletnej oferty, a co za tym idzie – zawarcia umowy z Zamawiającym.

Jednocześnie, w opinii IZ RPO WSL argument Beneficjenta, że w trakcie prowadzonego postępowania Zamawiający działał w sposób dotychczas znany i wykorzystywany przez wykonawców, dzięki czemu zapewnił otwarty i konkurencyjny proces postępowania, również nie może być wzięty pod uwagę. Po pierwsze, każdorazowa zmiana ustandaryzowanego i utrwalonego sposobu działania wywiera wpływ na strony biorące udział w postępowaniu, niemniej ustawodawca nie przewidział okresu

przejściowego, przesłanek do odstąpienia od stosowania danych przepisów, itp. Ryzyko podjęcia działań niezgodnych z przepisami niestety, ponosi podmiot naruszający dane wymogi.

Ponadto, IZ RPO WSL nie może przyjąć, że w tym konkretnym postępowaniu wykonawcy nie mieli odpowiedniej wiedzy do złożenia poprawnie podpisanych ofert, a w kolejnych – wszczętych przez Zamawiającego i/lub innych Zamawiających – taką wiedzę posiadali i oferty zostały złożone zgodnie z przepisami. Innymi słowy – wykonawcy w tym postępowaniu mogli złożyć ważne oferty (poprawnie podpisane), które byłyby przyjęte i ocenione przez Zamawiającego¹.

Mimo, że Zamawiający żadnego z wykonawców nie odrzucił, to jednak działając zgodnie z przepisami, winien był wszystkich odrzucić i unieważnić postępowanie. Obowiązujące przepisy w tym zakresie (art. 63 ust. 2, art. 255 pkt 2, art. 226 ust. 1 pkt 3) nie przewidują innej możliwości.

IZ RPO WSL nie może zatem uznać powyższego naruszenia za uchybienie formalne, a jako zaburzające zasady przejrzystości, konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy bowiem podkreślić, że (...) *Unia zmierza do finansowania z funduszy strukturalnych i funduszy spójności jedynie działań podejmowanych w całkowitej zgodności z prawem Unii*². W związku z powyższym, co do zasady, każde naruszenie przepisów krajowych i/lub unijnych stanowi o szkodzie dla budżetu Unii Europejskiej, co potwierdza również wyrok z 21 grudnia 2011 r., *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, w którym Trybunał podkreślił, że instytucja zamawiająca, przy wykonywaniu subwencjonowanego działania naruszając przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych, powoduje nieuzasadniony wydatek, a tym samym szkodę dla budżetu Unii³.

Wnoszący zastrzeżenia uzasadniając sposób postępowania w weryfikowanym postępowaniu powołał się na szereg wyroków sądów administracyjnych, które w swoich orzeczeniach poruszały kwestię opatrywania dokumentów elektronicznych podpisami (m.in. NSA z dnia 11 sierpnia 2020 r. – sygn. akt: I CISK 1192/20 czy WSA w Warszawie z 23 maja 2019 r. – sygn. akt: III SA/Wa 2894/18), których wspólnym mianownikiem jest pogląd, że elektroniczne podpisanie pisma głównego sporządzonego w formularzu platformy ePUAP skutkuje podpisaniem tekstu tego pisma oraz załączonych do niego plików. IZ RPO WSL nie neguje wyżej przytoczonych ustaleń, niemniej – w zakresie podejścia do kwestii podpisywania dokumentów/ofert – stoi na stanowisku wyrażonym przez NSA w podjętej uchwale (sygn. I FPS 2/21), w której uzasadnieniu podkreślono, że platforma ePUAP to nie system sądowy, a system państwowy, który służy do komunikacji obywateli z jednostkami administracji publicznej w celu załatwiania spraw. Jej podstawowym celem nie jest zagwarantowanie skutecznego podpisywania pism, ale ich doręczanie przez podmiot publiczny lub do podmiotu publicznego.

Powyższe stanowisko odpowiada również stanowisku z komentarza do ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją Huberta Nowaka:

„W postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne dla ofert i wniosków oraz oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, również wprowadzono rygor nieważności w zakresie formy ich złożenia. Zgodnie z art. 63 ust. 2 Pzp złożenie następuje pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (dokument w postaci elektronicznej opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Dokonanie czynności bez zachowania wymogu formy zastrzeżonej przez ustawę pod rygorem nieważności stanowi wadę tej czynności prawnej, która polega na niewywołaniu przez czynność zamierzonych skutków prawnych związanych z jej dokonaniem (nieważność bezwzględna). Tym samym niepodpisanie oferty lub wniosku w wymaganej formie lub nieprawidłowe złożenie podpisu pod ofertą lub wnioskiem spowoduje w konsekwencji, że odpowiednio oferta lub wniosek podlegają odrzuceniu na podst. art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp. Żeby złożenie oferty lub wniosku mogło być uznane za skuteczne, wymaga od wykonawcy przekazania zamawiającemu pliku (dokumentu elektronicznego) zawierającego ofertę wraz

¹ Przy uproszczonym dla celów tego wywodu założeniu, że spełnili wszystkie pozostałe wymogi określone pozostałymi przepisami ustawy Pzp.

² Wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław, C-406/14, EU:C:2016:562, pkt 43.

³ Zob. Wyrok z dnia 21 grudnia 2011 r., *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, C 465/10, EU:C:2011:867, pkt 46, 47.

z właściwym podpisem elektronicznym, który został złożony przed zaszyfrowaniem oferty. Bez znaczenia pozostaje fakt, czy będzie to podpis wewnętrzny, czy zewnętrzny. Dopuszczalne jest również, aby wykonawca przekazał zamawiającemu swoją ofertę w tzw. „paczce” dokumentów elektronicznych (tj. w skompresowanym archiwum dokumentów elektronicznych, które najczęściej zapisane jest w formacie ZIP) wraz z właściwym podpisem elektronicznym dołączonym jako plik podpisu do „paczki” dokumentów elektronicznych przed jej zaszyfrowaniem. Powyższe jest zgodne z § 8 rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej, który stanowi, że w przypadku przekazywania w postępowaniu lub konkursie dokumentu elektronicznego w formacie poddającym dane kompresji opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dokumenty kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, jest równoznaczne z opatrzeniem wszystkich dokumentów zawartych w tym pliku odpowiednio kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Podpisy elektroniczne bowiem stosuje się zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych, jak i paczek dokumentów elektronicznych. Właściwy podpis elektroniczny, którym opatrzone paczkę dokumentów elektronicznych, obejmuje łącznie cały zbiór dokumentów w niej zawartych. Złożenie podpisu pod paczką, jak i pod każdym dokumentem z osobna daje taki sam efekt, tj. dokument elektroniczny jest opatrzone podpisem elektronicznym. Zatem dokument elektroniczny stanowiący element archiwum podpisanego właściwym podpisem elektronicznym jest podpisany tym podpisem. Podpis elektroniczny bowiem dotyczy danych zawartych w dokumentach elektronicznych, a nie fizycznie samego dokumentu. Zaznaczyć przy tym należy, iż weryfikacja podpisu elektronicznego złożonego pod paczką skompresowanych plików oraz jego powiązania z konkretnym dokumentem elektronicznym zawartym w paczce będzie możliwa tylko w przypadku, gdy zamawiający będzie posiadał dostęp do całego podpisanego archiwum⁴.

IZ RPO WSL po ponownej analizie całości dostępnej dokumentacji, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia stwierdza, iż **wszystkie oferty złożone w toku postępowania nie spełniają wymagań określonych w art. 63 ust. 2 ustawy Pzp, tzn. nie zostały złożone w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.**

W konsekwencji Zamawiający był zobligowany do zastosowania dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz art. 255 pkt 2.

IZ RPO WSL podtrzymuje również decyzję o wysokości stawki pomniejszenia – 25% wartości zamówienia. Dla przedmiotowej nieprawidłowości, w załączniku do Rozporządzenia Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 14 grudnia 2020 r., zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2020 r. poz. 2371. Dalej: Taryfikator), nie została wprost wskazana stawka procentowa stosowana przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń, wobec czego IZ RPO WSL – zgodnie z treścią zapisów zawartych w § 6 tego dokumentu – uznała, że najbliższa rodzajowo kategoria nieprawidłowości znajduje się w poz. 14 ww. załącznika. Mając na uwadze wcześniejszy wywód, IZ RPO WSL stoi na stanowisku, że zidentyfikowana nieprawidłowość nie ma charakteru formalnego, co mogłoby uzasadnić zmianę pozycji Taryfikatora. Przyjęcie ofert nieważnych, skutkowało dalszymi błędami i nieprawidłowymi działaniami Zamawiającego, które łącznie stanowią o naruszeniu wskazanych wcześniej zasad rządzących zamówieniami publicznymi.

Tym samym, zgodnie z §2 ust. 2 ww. Rozporządzenia: *Wartość pomniejszenia związanego z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.* Mając jednak na uwadze przepisy §3 ww. dokumentu, IZ RPO WSL uznała, że charakter i waga nieprawidłowości uprawnia do obniżenia jej wartości do 25% wartości zamówienia.

⁴ Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych 2021, pod redakcją Huberta Nowaka;

Podsumowanie:

Instytucja Zarządzająca, po zapoznaniu się z argumentacją Beneficjenta i dokonaniu oceny wszystkich dostępnych dla kontrolujących dowodów, podtrzymuje swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie.

Powyższe nosi znamiona nieprawidłowości, o której mowa art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1303/2013 z dnia 17.12.2013 r. oraz w słowniku pojęć zawartym w art. 2 pkt 14) ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 818), a która oznacza każde naruszenie prawa (unijnego lub krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego), wynikające z działania lub zaniechania podmiotu zaangażowanego we wdrażanie EFSI (Europejskich Funduszy Strukturalnych i Inwestycyjnych), które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Beneficjent poprzez:

- I. nieuprawnione dopuszczenie jako ważnych ofert Wykonawców pn.: Łaszczyk Przemysław Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowo Szkoleniowe „ATUT”, Centrum Szkolenia ATUT, Awans Ośrodek Usług Oświatowych Dorota Skrobarczyk, Centrum Usług Psychologicznych Pedagogicznych i Logopedycznych EGO, ZDZ Katowice, zaniechanie czynności odrzucenia ww. ofert oraz zaniechanie czynności unieważnienia postępowania (działanie lub zaniechanie),
- II. naruszył art. 63 ust. 2, art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz art. 255 pkt 2 ustawy Pzp (naruszenie przepisów),
- III. co doprowadziło do niekorzystnego gospodarowania środkami (szkoda dla budżetu UE).

Jako obowiązujące uznać należy zalecenie, zgodnie z którym Instytucja Zarządzająca pomniejsza wartość wydatków kwalifikowalnych o 25% wartości udzielonego zamówienia, wynikających z umowy zawartej 17.02.2021 r. pomiędzy Zamawiającym a Łaszczyk Przemysław Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowo Szkoleniowe „ATUT”, na kwotę 995,00 zł/za przeszkolenie 1 osoby.

Instytucja Zarządzająca dokonała pomniejszenia w sposób proporcjonalny, uznając że anulowanie całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia byłoby niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej.

Do ponownych ustaleń kontrolnych nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

/Podpis zgodny z podpisem elektronicznym/